

# VU Research Portal

## Case note: Hoge Raad (Witwassen: kwalificatieuitsluitingsgrond en eigen misdrijf)

Borgers, M.J.

2014

[Link to publication in VU Research Portal](#)

### ***citation for published version (APA)***

Borgers, M. J., (2014). *Case note: Hoge Raad (Witwassen: kwalificatieuitsluitingsgrond en eigen misdrijf)*, No. 78, Jan 21, 2014. (Nederlandse jurisprudentie; Vol. 2014).

### **General rights**

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

### **Take down policy**

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

### **E-mail address:**

[vuresearchportal.ub@vu.nl](mailto:vuresearchportal.ub@vu.nl)

M.J. Borgers

1. Evenals in de arresten *NJ 2014/74-77* draait het ook in dit arrest om de – in relatie tot het witwas misdrijf aanvaarde – kwalificatieuitsluitingsgrond ter zake van het verwerven en voorhanden hebben. Deze kwalificatieuitsluitingsgrond vindt, zo heeft de Hoge Raad nog eens onderstreept in enkele recente arresten, slechts toepassing in het geval dat de verdachte een voorwerp heeft verworven of voorhanden gehad, terwijl aannemelijk is dat dit voorwerp afkomstig is uit een *door de verdachte zelf* begaan misdrijf (zie naast *HR 17 december 2013, NJ 2014, 75* ook *HR 7 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:11* en *HR 7 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:14*). Indien de rechter van oordeel is dat zo'n geval zich voordoet, dient hij te onderzoeken of de gedragingen van de verdachte ook (kennelijk) gericht zijn geweest op het daadwerkelijk verbergen of verhullen van de criminele herkomst van het voorwerp. Daarover moet de rechter dan duidelijkheid verschaffen in zijn uitspraak, zo heeft de Hoge Raad bepaald in (o.a.) *HR 8 januari 2013, NJ 2013/266 m.nt. M.J. Borgers*. Hiermee is echter nog weinig gezegd over de eisen die worden gesteld aan het – daaraan voorafgaande – oordeel of het voorwerp afkomstig is uit een door de verdachte zelf begaan misdrijf. Moet de rechter dat ambtshalve onderzoeken? In hoeverre dient hij hierover duidelijkheid te verschaffen in zijn uitspraak? In het licht van die vragen is het hierboven afgedrukte arrest interessant.

2. In deze zaak is bij de verdachte een tas aangetroffen met daarin vijf kilo hennep, terwijl die verdachte tevens – ten dele in dezelfde tas – een bedrag van bijna € 15.000 aan contant geld bij zich blijkt te hebben. Het overgrote deel van dat geld – € 14.500 – is naar het oordeel van het gerechtshof van enig misdrijf afkomstig. De verdachte wordt daarom, vanwege het voorhanden hebben van het laatstgenoemde geldbedrag, veroordeeld wegens witwassen. Het verweer van de raadsman strekt er, kort gezegd, toe dat niet kan worden uitgesloten dat dit geldbedrag een legale herkomst heeft. Het gerechtshof verwierpt dat verweer en neemt op grond van de gebleken feitelijke omstandigheden – een grote hoeveelheid contant geld, verdeeld in biljetten van € 500, dat in combinatie met hoeveelheid hennep is aangetroffen – aan dat het bedrag van € 14.500 een illegale herkomst heeft. In cassatie wordt dat oordeel, althans de motivering daarvan, aangevochten.

Interessant is nu dat A-G Hofstee bij de bespreking van (de eerste klacht van) het middel niet zozeer ingaat op de door het gerechtshof gehanteerde bewijsconstructie ten aanzien van het bestanddeel 'afkomstig (...) uit enig misdrijf'. In plaats daarvan stelt hij centraal – ook al is de klacht in het middel niet daarop toegesneden – dat het gerechtshof onvoldoende zou hebben gemotiveerd dat de verdachte het geldbedrag niet alleen voorhanden heeft gehad, maar dat zijn gedragingen ook (kennelijk) gericht zijn geweest op het daadwerkelijk verbergen of verhullen van de criminele herkomst daarvan. Op die grond zou het arrest van het gerechtshof moeten worden gecasseerd.

Dat in een zaak als de onderhavige zou moeten worden vastgesteld dat de gedragingen van de verdachte gericht zijn geweest op het daadwerkelijk verbergen of verhullen van de criminele herkomst,

ligt niet direct voor de hand. Zoals reeds uit de door de A-G aangehaalde rechtspraak blijkt (en nadien door de Hoge Raad is onderstreept), moet voor de toepassing van de kwalificatieuitsluitingsgrond vaststaan dat de verdachte zelf het gronddelict heeft begaan waaruit het voorwerp dat is verworven of voorhanden is geweest, afkomstig is. Mogelijk heeft A-G Hofstee uit het feit dat het geld tezamen met een grote hoeveelheid hennep bij de verdachte is aangetroffen, willen afleiden dat de verdachte zich met de handel in hennep bezig heeft gehouden en dat het geldbedrag van € 14.500 uit die handel afkomstig is. Uit de bewijsmotivering blijkt echter niet dat het gerechtshof een dergelijke herkomst aannemelijk heeft geacht. De door het gerechtshof gebezigde bewijsconstructie laat juist in het midden uit welk misdrijf het geld afkomstig is, zodat ook niet kan worden gezegd wie dat misdrijf zou hebben begaan.

De Hoge Raad stelt de bewijsconstructie van het gerechtshof centraal en oordeelt – kort gezegd – dat die constructie strookt met eerdere rechtspraak van de Hoge Raad. Om die reden faalt (de eerste klacht van) het middel. Daaraan voegt de Hoge Raad toe dat het middel niet inhoudt dat het gerechtshof aannemelijk heeft geacht dat het geldbedrag afkomstig is uit een door de verdachte zelf begaan misdrijf en dat dit ook niet door de verdachte in hoger beroep is aangevoerd.

3. Indien een verdachte wordt vervolgd wegens het verwerven en/of voorhanden en de feitenrechter stelt dat vast dat de verdachte zelf het gronddelict heeft begaan, is nog ‘slechts’ relevant of de gedragingen van de verdachte (kennelijk) gericht zijn geweest op het daadwerkelijk verbergen of verhullen van de criminele herkomst van het voorwerp. Die vaststelling kan expliciet geschieden, doordat de feitenrechter dat gronddelict specifiek en gedetailleerd benoemt. Soms is dan dat gronddelict afzonderlijk ten laste gelegd en bewezen verklaard (zie o.a. HR 8 januari 2013, *NJ* 2013/265, HR 18 juni 2013, *NJ* 2013/453 m.nt. J.M. Reijntjes en HR 7 januari 2014, *ECLI:NL:HR:2014:11*), maar noodzakelijk is dat niet (zie bijvoorbeeld HR 8 januari 2013, *ECLI:NL:HR:2013:BX4449*). De feitenrechter kan de vaststelling dat de verdachte zelf het gronddelict heeft begaan, ook op meer indirecte wijze doen, wanneer de concrete feiten en omstandigheden van de zaak er sterk op duiden dat het aangetroffen voorwerp uit een misdrijf afkomstig is dat door de verdachte zelf is begaan. Zie daarover nader onderdelen 5 en 6 van de noot onder *NJ* 2014/77. De Hoge Raad toont overigens een zekere mate van welwillendheid om de overwegingen van de feitenrechter aldus te begrijpen dat deze van oordeel is dat gronddelict door de verdachte zelf is begaan. Vgl. HR 3 april 2012, *ECLI:NL:HR:2012:BV7017*, waarin de Hoge Raad de – enigszins wonderlijk ogende – cumulatieve bewezenverklaring van schuldhealing en opzetwitwassen zo uitlegt dat de schuldhealing moet worden beschouwd als het door de verdachte zelf begane gronddelict van het witwassen.

Wanneer een dergelijke vaststelling niet door de feitenrechter is gedaan en het dus specifiek gaat om de vraag of de verdachte zelf het gronddelict heeft begaan, kan – gelet op het hierboven afgedrukte arrest in samenhang met HR 17 december 2013, *NJ* 2014/75 en ook eerdere rechtspraak van de Hoge Raad – in twee situaties in cassatie worden geklaagd omtrent het niet toepassen van die kwalificatieuitsluitingsgrond.

Ten eerste gaat het om de situatie waarin de verdachte het verweer voert dat de kwalificatieuitsluitingsgrond toepassing vindt omdat het voorwerp afkomstig is uit het door hemzelf begane gronddelict, maar het gerechtshof dat verweer passeert. Het verweer heeft dan betrekking op de kwalificatiebepaling. Indien de rechter zo’n verweer niet volgt en (daarom) geen toepassing geeft aan de kwalifica-

tieuitsluitingsgrond, dient de verwerping van het verweer gemotiveerd te geschieden (op grond van artikel 358 lid 3 juncto artikel 359 lid 2, eerste volzin, Sv). Het achterwege laten van die motivering dan wel het – in het licht van hetgeen is aangevoerd – onvoldoende gemotiveerd verwerpen van het verweer, kan leiden tot vernietiging van het arrest van het gerechtshof.

Ten tweede betreft het de situatie waarin het gerechtshof niet heeft vastgesteld dat de verdachte zelf het gronddelict heeft begaan en ook een daartoe strekkend verweer achterwege is gebleven, maar waarin uit de door de rechter gebezigde bewijsvoering rechtstreeks voortvloeit dat het voorwerp afkomstig is uit een door de verdachte zelf begaan misdrijf. Over de band van het algemene motiveeringsvereiste dat (op grond van artikel 358 lid 2 juncto 359 lid 2, eerste volzin, Sv) geldt voor de kwalificatiebeslissing, kan dan ruimte worden gevonden om in cassatie in te grijpen wanneer de feitenrechter zich onvoldoende rekenschap heeft gegeven van de regels die ter zake van de kwalificatieuitsluitingsgrond gelden. Overigens zou in een dergelijke situatie de Hoge Raad er ook voor kunnen kiezen om de overwegingen van de feitenrechter welwillend uit te leggen en zo te duiden dat daarin reeds als het oordeel van de feitenrechter besloten ligt dat de verdachte zelf het gronddelict heeft begaan (om van daaruit na te gaan of de genoemde regels zijn nageleefd).

4. Vanzelfsprekend staat het de feitenrechter altijd vrij om te onderzoeken of het in de tenlastelegging aangeduide voorwerp afkomstig is uit een door de verdachte zelf begaan misdrijf. De feitenrechter is echter, zo volgt uit het vorenstaande, pas gehouden tot dat onderzoek wanneer de verdachte op dit punt verweer voert of indien de concrete feiten en omstandigheden van de zaak de gevolgtrekking opdringen dat het voorwerp afkomstig is uit een door de verdachte zelf begaan misdrijf. Komt de rechter dan (toch) niet tot het oordeel dat van een door de verdachte zelf begaan gronddelict sprake is, dan dient hij dat toe te lichten.

5. Dat de Hoge Raad in de hierboven afgedrukte zaak geen reden voor cassatie ziet, verbaast (mij) niet. Het gerechtshof heeft niet vastgesteld dat het geldbedrag van € 14.500 afkomstig is uit een door de verdachte zelf begaan misdrijf, terwijl ook geen daartoe strekkend verweer is gevoerd. Het verweer luidde juist dat de verdachte de tas met de hennep en het deel van dat geldbedrag op straat zou hebben gevonden. Voorts treden uit de gebezigde bewijsmiddelen geen bijkomende feiten en omstandigheden naar voren – en daarin is een verschil gelegen met de zaken *NJ* 2014/74 en *NJ* 2014/77 – die er (sterk) op duiden dat het geldbedrag afkomstig is uit een door de verdachte zelf begaan misdrijf. Het gronddelict lijkt hier even goed door een ander dan de verdachte te kunnen zijn begaan, waarbij de rol van de verdachte dan beperkt zou zijn gebleven tot die van transporteur van (onder andere) het geld. Voor een goede beoordeling van de zaak zou men eigenlijk nog moeten weten of politie en justitie de herkomst van het geld nog op enigerlei wijze zouden hebben kunnen onderzoeken (vgl. onderdeel 8 van de noot onder *NJ* 2014/77). Maar al met al is het begrijpelijk dat naar het kennelijke oordeel van de Hoge Raad zich hier niet de – hierboven onder 3 genoemde – situatie voordoet dat uit de door de rechter gebezigde bewijsvoering rechtstreeks voortvloeit dat het voorwerp afkomstig is uit een door de verdachte zelf begaan misdrijf.

Natuurlijk geldt hier, zo het geldbedrag toch uit een door de verdachte zelf begaan misdrijf afkomstig zou zijn geweest, dat het voeren van een daartoe strekkend verweer weinig aantrekkelijk zal zijn geweest voor de verdachte. De aandacht zou dan (hoogst)waarschijnlijk (verder) zijn verlegd naar de

mogelijkheden om (alsnog) voor dat gronddelict zelf te vervolgen. De kwalificatieuitsluitingsgrond vrijwaart een verdachte evenwel niet van iedere vorm van strafrechtelijke aansprakelijkheid en voorkomt ook niet dat de verdediging soms voor lastige dilemma's komt te staan. De kwalificatieuitsluitingsgrond, zoals deze door de Hoge Raad is aanvaard, biedt bescherming tegen een automatische verdubbeling van strafbaarheid. Niet minder, maar ook niet meer.